



**University of  
Zurich**<sup>UZH</sup>

**Zurich Open Repository and  
Archive**

University of Zurich  
University Library  
Strickhofstrasse 39  
CH-8057 Zurich  
[www.zora.uzh.ch](http://www.zora.uzh.ch)

---

Year: 2004

---

## «La capacité de pouvoir être» – Rezension

Gächter, Thomas

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich

ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-175426>

Journal Article

Published Version

Originally published at:

Gächter, Thomas (2004). «La capacité de pouvoir être» – Rezension. Jusletter:1-5.



## «La capacité de pouvoir être» – Rezension

**Autor:** [Thomas Gächter](#)

**Rechtsgebiete:** Gesundheitsrecht

**Zitiervorschlag:** Thomas Gächter, «La capacité de pouvoir être» – Rezension, in: Jusletter 12. Januar 2004

*Gabrielle Steffen definiert in ihrer Dissertation «Droit aux soins et rationnement. Approche d'une définition des soins nécessaires» die Gesundheit als «notre capacité de pouvoir être» und beschäftigt sich auf der Grundlage dieser Definition aus verfassungsrechtlicher, sozialversicherungsrechtlicher und rechtsvergleichender Sicht mit dem aktuellen Problem der Rationierung im Gesundheitswesen.*

### I. Einordnung der Fragestellung

- [Rz 1] Die Gesundheitskosten belaufen sich in der Schweiz jährlich auf weit über 40 Milliarden Franken, was knapp 11 Prozent des Bruttoinlandprodukts entspricht. Damit liegt die Schweiz international im absoluten Spitzenfeld. Jeden Herbst, wenn für das folgende Jahr die Prämienanstiege der sozialen Krankenversicherung bekanntgegeben werden, aktualisiert sich die Frage nach der Kosteneindämmung im Gesundheitswesen von neuem. Immer häufiger wird die Möglichkeit von Rationierungen im Gesundheitswesen diskutiert.
- [Rz 2] Grundsätzlich sind sich alle Beteiligten einig, dass «Rationierung», d.h. die Vorenthaltung medizinisch an sich notwendiger Massnahmen gegenüber bestimmten Personen oder Personengruppen, erst zum Zug kommen soll, wenn das gesamte Rationalisierungspotential ausgeschöpft ist. Es ist aber bereits heute absehbar, dass allein mit Rationalisierung die Gesundheitskosten nur in beschränktem Ausmass gesenkt werden können. Unter der Voraussetzung, dass die Gesamtkosten im Gesundheitswesen nicht weiter steigen sollen – was jedoch eine eminent politische Entscheidung ist (vgl. S. 8 ff.) –, erscheint der Abbau medizinischer Leistungen als ein möglicher Ausweg. Für diejenigen, denen aufgrund eines solchen Abbaus eine medizinisch gebotene Massnahme verweigert wird, bedeutet er eine Rationierung.
- [Rz 3] In anderen Wissenschaftszweigen, namentlich etwa der Gesundheitsökonomie, ist die Rationierungsdebatte bereits weit fortgeschritten. Von Teilen der Ärzteschaft wird zudem behauptet, es werde bereits heute «verdeckt» rationiert. Die juristische Lehre befasst sich erst seit kurzer Zeit mit diesen Fragen. Die hier besprochene Arbeit stellt in der Schweiz die bislang umfassendste rechtswissenschaftliche Darstellung der allgemeinen Rationierungsproblematik dar. Es ist aber darauf hinzuweisen, dass sich in jüngster Zeit auch andere juristische Abhandlungen mit Rationierungsfragen befasst haben, namentlich etwa aus strafrechtlicher Sicht (Sibylle Schürch, Rationierung in der Medizin als Straftat, Basel/Genf/München 2000) oder mit besonderen gesundheitsrechtlichen Schwerpunkten (Thomas Mattig, Grenzen der Spitalplanung aus verfassungsrechtlicher Sicht, Zürich 2003; Brigitte Pfiffner Rauber, Das Recht auf Krankheitsbehandlung und Pflege. Zum Behandlungsanspruch von Krankenversicherten im Rahmen der Wirtschaftlichkeit unter besonderer Berücksichtigung der Langzeitpflege, Zürich 2003). Verwandt ist die Rationierungsproblematik sodann mit der Diskussion um die Kriterien der Organallokation (eingehend dazu Markus Schott, Patientenauswahl und Organallokation, Basel/Genf/München

2001), wobei dort die Knappheit an Spenderorganen bereits vorgegeben ist und sich «nur» das Verteilungsproblem stellt.

- [Rz 4] Die verfassungsrechtliche Sicht auf allfällige Rationierungen im Gesundheitswesen ist deshalb von grosser Bedeutung, weil die Gesetzgebung grundsätzlich an die verfassungsrechtlichen Vorgaben gebunden ist. Mehr als Leitlinien vermag die verfassungsrechtliche Ausleuchtung der Problemstellung jedoch nicht zu geben. Stets ist zu beachten, dass die gesundheitspolitische Diskussion nicht auf die Verfassungsebene verlagert wird. Gerade die klare Trennung zwischen dem verfassungs- und internationalrechtlich vorgegebenen und dem der gesetzgeberischen Gestaltung Überlassenen bildet denn auch – soviel sei vorweggenommen – eine Stärke der besprochenen Arbeit.

## II. Inhaltliche Schwerpunkte

- [Rz 5] Gibt es ein justiziables Recht auf Gesundheitsversorgung? Wie weit geht ein solches? Inwiefern könnte es durch Rationierungsmassnahmen eingeschränkt werden? Diesen drei Kernfragen geht Steffen nach, indem sie zunächst untersucht, wie das Recht auf Gesundheitsversorgung rechtlich strukturiert ist (Kap. 2–4), in welcher Weise es in verschiedenen Systemen (Schweiz, Niederlande, Grossbritannien) konkretisiert wird (Kap. 5–7), was unter dem Begriff der Rationierung zu verstehen ist (Kap. 8) und welche Rationierungskriterien aus rechtlicher Sicht unzulässig erscheinen (Kap. 9). Darauf folgt ein kürzerer Exkurs zur grundlegenden (legitimierenden) Bedeutung der Information der Bevölkerung und der politischen Entscheidungsträger auf der einen Seite, der einzelnen Patientinnen und Patienten auf der anderen Seite (Kap. 10). Die Erkenntnisse der gesamten Arbeit werden in Thesenform kompakt zusammengefasst (Kap. 11), wobei besonders darauf hinzuweisen ist, dass sich die Thesen auch in deutscher Übersetzung finden (Kap. 12).
- [Rz 6] Drei «*Mythen*» wirken nach der Ansicht der Autorin prägend für unser Gesundheitssystem: der Mythos der Unsterblichkeit, der Mythos des perfekten Wohlergehens sowie der Mythos des Heilers aller Krankheiten. Die Kraft dieser Mythen habe über Generationen bewirkt, dass die Medizin immer besser und immer erfolgreicher geworden sei, was jedoch auch von einer steten Kostensteigerung begleitet war. In der gesundheitspolitischen Diskussion ist es nach der Ansicht Steffens von entscheidender Bedeutung, dass diese Triebkräfte als Mythen entlarvt und mit anderen grundlegenden Werten wie etwa der gesellschaftlichen Solidarität in Verbindung gebracht werden (S. 10 f.). Nur vor dem Hintergrund der Einsicht, dass der Tod unausweichlich, Krankheit ein Teil des Lebens und Heilung stets nur Aufschub des Todes sei, könnten die anstehenden Entscheide in voller Verantwortung gefällt werden (siehe auch S. 329 f.).
- [Rz 7] Nach diesem mythischen Einstieg stellt Steffen die möglichen *Grundlagen* eines allfälligen Rechts auf Gesundheitspflege im internationalen und nationalen Recht dar. Dem internationalen Recht lassen sich dabei in erster Linie Anweisungen an den Gesetzgeber entnehmen, während sich auf nationaler Ebene das Netz der verfassungsrechtlichen Schutzbestimmungen zu justiziablen Ansprüchen verdichtet, die durch Gesetzgebungsaufträge und Zielbestimmungen ergänzt werden. Steffen verweist insbesondere auf die Bedeutung der einzelnen Teilgehalte der persönlichen Freiheit, auf die Rechtsgleichheit und das Diskriminierungsverbot, das Recht auf Hilfe in Notlagen und die Sozialziele (S. 33 ff.).
- [Rz 8] Erst nach dieser Gesamtsicht wird auf die Begriffe der Gesundheit und der Gesundheitspflege eingegangen (S. 69 ff.). Im vollen Bewusstsein, dass die Bestimmung dieser Begriffe, insbesondere des Gesundheitsbegriffs, für ein System von entscheidender Bedeutung sein kann (S. 73), wählt die Autorin eine *offene Definition der Gesundheit*. Weder schliesst sie sich einem engen Gesundheitsbegriff an, bei dem die Krankheitsbekämpfung im Vordergrund steht, noch teilt sie den verbreiteten weiten Gesundheitsbegriff, der immer mehr Lebensbereiche umfasst, die

Einfluss auf die Gesundheit haben. In so umfassenden Gesundheitsbegriffen erblickt sie vielmehr eine Art Ersatzreligion, da sie die Gesundheit als Zweck an sich behandeln (S. 72). Mit der vorgeschlagenen Definition der Gesundheit als «notre capacité de pouvoir être» soll betont werden, dass die Gesundheit relativ für jede einzelne Person in jeder einzelnen Lebenslage eine andere Bedeutung hat. Die Gesundheit müsse an der jeweiligen Lebenssituation und nicht an einem Ideal wie dem umfassenden Wohlergehen gemessen werden.

- [Rz 9] Im Anschluss an diese Definition umschreibt Steffen die notwendige Gesundheitspflege (*soins nécessaires*) als diejenigen – im weiteren Sinn – medizinischen Massnahmen, die der Erhaltung der «capacité de pouvoir être» dienen (S. 79). Enger ist dagegen der Begriff der elementaren Gesundheitspflege (*soins essentiels*, S. 80 ff), der medizinisch dringliche (existenznotwendige) Massnahmen und Leistungen der allgemeinen Medizin umfasst, die für die Gewährleistung eines menschenwürdigen Daseins unerlässlich sind. Während dieser Minimalanspruch auf elementare Gesundheitspflege bereits auf der Verfassungsebene in justizabler Weise gewährleistet wird (Art. 12 BV), bedarf der weiter gehende Anspruch auf notwendige Gesundheitspflege der Konkretisierung durch die Gesetzgebung. Ein verfassungsmässiges Recht auf Gesundheitspflege, das über den genannten Minimalanspruch hinausgeht, existiert demnach nicht.
- [Rz 10] Steffen fasst das «Recht auf Gesundheitspflege» in einer Konstruktion zusammen, die sie mit «*un bloc et deux piliers*» umschreibt (S. 95 f.) und bereits in allgemeiner Weise für die übrigen sozialen Rechte entwickelt hat (S. 66 f.). Den Block, also das Fundament der Konstruktion, stellt der verfassungsrechtlich in justizabler Weise gewährleistete Anspruch auf elementare Gesundheitspflege dar. Die erste Säule bilden die in den Sozialzielen und in den internationalen Konventionen enthaltenen Vorgaben an das Gesundheitssystem, die durch die Gesetzgebung konkretisiert worden sind. Die zweite Säule ist akzessorisch zur ersten. Sie besteht aus den aus der Rechtsgleichheit abgeleiteten Ansprüchen auf gleichen Zugang zu den in der ersten Säule gewährleisteten Ansprüchen, mithin aus «derivativen Teilhaberechten». So plausibel diese Konstruktion erscheint, so schwierig dürfte sie in der Praxis anzuwenden sein, da einerseits die Grenze zwischen der elementaren und der notwendigen Gesundheitspflege schwer zu ziehen ist und andererseits die Rechte der «zweiten Säule» im schweizerischen System nur bedingt eingefordert werden können, da wesentliche Teile des Gesundheitsrechts, insbesondere des Krankenversicherungsrechts, bundesgesetzlich geordnet sind und damit unter das Anwendungsgebot von Art. 191 BV fallen. Diese Schwierigkeiten sprechen aber nicht gegen die vorgeschlagene Konstruktion, sondern etwa für eine eingehendere Umschreibung dessen, was zur elementaren Gesundheitspflege gehört und niemandem vorenthalten werden darf.
- [Rz 11] Bei ihrer grundsätzlichen *verfassungsrechtlichen Analyse von Rationierungen* im Gesundheitsbereich kommt Steffen zum Schluss, dass diese mit dem grundrechtlichen Persönlichkeitsschutz nicht unvereinbar sind. Zum grundrechtlichen Persönlichkeitsschutz zählt sie dabei das Recht auf Leben, das Recht auf körperliche und geistige Unversehrtheit, das Recht auf Selbstbestimmung sowie das Recht auf Hilfe in Notlagen. Bedingung für die Vereinbarkeit dieser Garantien mit der Rationierung sei jedoch, dass die elementare Gesundheitsversorgung und der Kerngehalt der Grundrechte nicht angetastet werden, dass die Mittel faktisch ungenügend sind oder eine gesellschaftliche Prioritätensetzung wegen mangelnder Mittel unerlässlich ist. Letzteres bedürfe jedoch eines strengen Nachweises (S. 255 ff., 346 These 7).
- [Rz 12] Anschliessend werden mögliche *Rationierungskriterien* einer eingehenden Prüfung unterzogen. Unterschieden werden patientenbezogene Kriterien (Alter, zu erwartende Lebensqualität, Risikoverhalten), soziale Kriterien (Familienlasten, Arbeitskapazität, finanzielle Kapazität) und leistungsbezogene Kriterien (Beschränkung des Leistungskatalogs, Wartelisten, Gatekeeper). Eine vergleichende Gegenüberstellung ergibt, dass die zu erwartende Lebensqualität, die Beschränkung des Leistungskatalogs und das Gatekeepermodell verfassungsrechtlich am ehesten vertretbar wären, wobei keines dieser Kriterien vorbehaltlos zulässig erscheint (S.

265 ff., 313 f.).

[Rz 13] Nach einem weiteren Prüfungsschritt (Betrachtung der verbleibenden Kriterien unter ethischen Gesichtspunkten und bezüglich ihrer Effizienz) schlägt Steffen als bestmögliches Rationierungskriterium dasjenige der zu erwartenden Lebensqualität vor, wobei sie dieses um einen wesentlichen Aspekt erweitert («*qualité de vie pondérée*»). Während das gesundheitsökonomische Modell der QALYs (Quality Adjusted Life Years) die zu erwartende Lebensqualität nur objektiv, d.h. losgelöst vom betroffenen Individuum bestimmt, soll nach dem Vorschlag Steffens auch die individuelle Einschätzung der zu erwartenden Lebensqualität durch die betroffene Person in die Kosten-Nutzen-Erwägung einbezogen werden (S. 320 ff.). Die Autorin verhehlt dabei nicht, dass dieser Vorschlag noch im Entwurfstadium steckt und erhebliche praktische Probleme mit sich brächte (S. 325 f.); doch erscheint es ihr – worin ihr zuzustimmen ist – als dasjenige Kriterium, das sich am besten in die verfassungsrechtliche Gesamtordnung einfügen lässt und dem grundlegenden Wert der Selbstbestimmung genügend Raum lässt. Wie stark ein solches Kriterium jedoch zu den angestrebten Kosteneinsparungen führen würde, muss vorerst offen bleiben. Sehr zu begrüßen ist jedoch die in diesem Kriterium und in der ganzen Arbeit ersichtliche Tendenz, die Patientinnen und Patienten stärker in die Verantwortung einbinden zu wollen. Medizinische Entscheide sind im Hinblick auf das konkrete Wohl einer bestimmten Person in einer spezifischen Situation zu fällen, was beim Kriterium der zu erwartenden Lebensqualität, wie es Steffen vorschlägt, grundsätzlich gewährleistet werden kann.

[Rz 14] Besonders hinzuweisen ist schliesslich auf die eingehende *rechtsvergleichende Analyse* des britischen und des niederländischen Gesundheitssystems. Die beiden Systeme wurden von der Autorin deshalb ausgewählt, weil dort die Rationierungsdebatte bereits geführt wurde oder geführt wird und sich in konkreten gesetzlichen Massnahmen niedergeschlagen hat. Diese ausländischen Erfahrungen sind insbesondere für allfällige Revisionen des Krankenversicherungsgesetzes von einiger Bedeutung, da sie der Vermeidung gleicher Fehler dienen können. Vor allem aber zeigen sich – insbesondere im britischen System – gewisse Schwächen, die in der Schweiz politisch sicher kaum gewünscht wären (S. 235 f.). Daneben finden sich weitere rechtsvergleichende Hinweise auf die vieldiskutierten Rationierungssysteme in Oregon und Neuseeland (S. 252 ff.).

### III. Würdigung

[Rz 15] Die besprochene Arbeit ist am Neuenburger «*Institut de droit de la santé*» entstanden, das die gesundheitsrechtliche Diskussion in der Schweiz bereits mit verschiedenen wichtigen Projekten und Arbeiten bereichert hat. In die Reihe bedeutender Anstösse ordnet sich die Dissertation Steffens nahtlos ein.

[Rz 16] Steffen behandelt das komplexe Thema fundiert und konsequent. Dabei wirkt die Arbeit stellenweise geradezu leichtfüssig und schwungvoll, ohne aber den engen Bezug zum Thema und die klare Verankerung in der juristischen Dogmatik aus den Augen zu verlieren. Ihr flüssiger Stil macht sie auch für Leserinnen und Leser, die nicht französischer Muttersprache sind, gut verständlich.

[Rz 17] Bemerkenswert ist die Selbstverständlichkeit, mit der die Autorin literarische und philosophische Texte für ihr Thema fruchtbar macht und gedankliche Gesamtbilder entstehen lässt. Bereits die Einführung in die Fragestellung anhand der drei beschriebenen «Mythen» sprengt die in juristischen Dissertationen übliche Darstellungsweise, ohne aber oberflächlich oder effekthascherisch zu wirken; dafür ist das Augenmerk der Autorin viel zu sehr auf die Erarbeitung klarer und praktikabler Lösungen gerichtet.


[Rz 18] Teilweise verwirrend ist bei der ersten Durchsicht der Aufbau des Buches, der gelegentlich auch zu

Wiederholungen führt. Kompensiert wird dies durch die Zusammenfassungen der Erkenntnisse jedes Abschnitts an dessen Ende sowie die zusammenfassenden Thesen am Ende der Arbeit.

[Rz 19] Insgesamt liest man die äusserst anregende Arbeit mit viel Gewinn und Vergnügen. Sie eignet sich nicht nur für Juristinnen und Juristen, sondern auch für alle, die an der gegenwärtigen und künftigen Ausgestaltung unseres Gesundheitssystems interessiert sind.

[Rz 20] Es ist zu wünschen, dass die Dissertation Steffens auch in der deutschen Schweiz den ihr gebührenden Platz in der rechtswissenschaftlichen und gesundheitspolitischen Diskussion einnehmen wird.

---

Gabrielle Steffen, [Droit aux soins et rationnement. Approche d'une définition des soins nécessaires](#), Berne 2002 (Collection de l'Institut de droit de la santé, Université de Neuchâtel, tome 6), ISBN 3-7272-4505-0  , LV, 347 Seiten, Fr. 92.-

[Online bestellen](#)